



.....OMISSIS.....

Oggetto

Accordo quadro multi lotto avente ad oggetto servizi di comunicazione e organizzazione eventi per gli enti e le amministrazioni pubbliche pugliesi – richiesta di parere.

FUNZ CONS 57/2022

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 7 luglio 2022, acquisita al prot. Aut. n. 56517, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021 si comunica che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 2 novembre 2022, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d’appalto o di concessione, fatto salvo l’esercizio dell’attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 160/2022. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell’istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti.

Il quesito proposto riguarda la possibilità di prorogare il contratto d’appalto indicato in oggetto per un periodo di due anni, in assenza di una clausola di rinnovo nella *lex specialis*, a causa dell’emergenza sanitaria da Covid-19, quale evento non prevedibile al momento dell’indizione della gara, che avrebbe limitato nel biennio precedente l’utilizzo dell’accordo quadro.

In merito a tale questione si evidenzia preliminarmente che l’Autorità, con delibera n. 312/2020, ha fornito «prime indicazioni in merito all’incidenza delle misure di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da Covid-19 sullo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i. e sull’esecuzione delle relative prestazioni». Ulteriori provvedimenti adottati dall’Autorità in relazione alla predetta emergenza sanitaria, sono pubblicati sul sito istituzionale nella sezione “Emergenza Covid-19”.

Tra questi, il “Vademecum per velocizzare e semplificare gli appalti pubblici” evidenzia la possibilità, per la stazione, per far fronte all’emergenza sanitaria da Covid-19, di procedere alle eventuali e conseguenti variazioni dei contratti in corso di esecuzione, nei limiti previsti dall’art. 106, comma 1, lett. c) del Codice, «a condizione che la modifica non alteri la natura generale del contratto» (in tal senso anche deliberazione n. 1022/2020 in relazione ai contratti aventi ad oggetto i servizi di ristorazione. Si rinvia inoltre sull’argomento alla delibera n. 271 del 7 giugno 2022 sulla “Cessazione dell’efficacia delle indicazioni contenute nella Delibera dell’Autorità n. 268 del 19 marzo 2020, aggiornata con Delibera n. 312 del 9 aprile 2020, sulla sospensione dei termini nei procedimenti di competenza dell’Autorità e sulla modifica dei termini per l’adempimento degli obblighi di comunicazione nei confronti dell’Autorità, a seguito della cessazione dello stato di emergenza”).

In linea generale, quindi, a seguito dell'emergenza sanitaria da Covid-19, le stazioni appaltanti possono procedere a modifiche dei rapporti contrattuali in corso, nei limiti stabiliti dal citato art. 106, comma 1, lett. c), purché la modifica non alteri la natura generale del contratto, secondo le indicazioni contenute nei predetti documenti.

Quanto alla possibilità di procedere alla proroga del contratto d'appalto in oggetto, tenuto anche conto della conclusione dello stato di emergenza in data 31 marzo 2022, come indicato nella delibera n. 271/2022 sopra citata, deve ribadirsi l'orientamento consolidato dell'Autorità in ordine al carattere eccezionale dell'istituto della proroga, alla luce del «principio inderogabile in forza del quale, salve espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa eurounitaria, l'amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve effettuare una nuova gara pubblica qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni (...)» (Atto Pres. 13.4.2022).

L'eccezionalità della proroga è sancita anche dall'art. 106, comma 11, del d.lgs. n. 50 del 2016 ai sensi del quale «la durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga. La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante».

La norma, in continuità con le previsioni dell'art. 23 della l. n. 62/2005 (Legge comunitaria del 2004), stabilisce quindi la possibilità di ricorrere a tale istituto solo per il tempo *strettamente necessario* alla stipula dei nuovi contratti d'appalto a seguito dell'espletamento di gare pubbliche.

Pertanto, al di fuori dei casi previsti dalle norme richiamate, la proroga costituisce una violazione dei principi enunciati dall'art. 30 del d.lgs. 50/2016 e, in particolare, della libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza (in tal senso ex multis delibera n. 412/2022 e Comunicato del Presidente 4 novembre 2015).

L'Autorità ha quindi individuato alcune ristrettissime ipotesi nelle quali la proroga può ritenersi ammessa, in ragione del principio di continuità dell'azione amministrativa, restringendo tale possibilità a casi limitati ed eccezionali nei quali, per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento, con le ordinarie procedure, di un nuovo contraente (tra le tante, deliberazioni n. 263/2018, n. 384/2018, n. 536/2020 n. 147/2021, n. 576/2021, n. 591/2021, n. 315/2022, atto del Pres. 13.4.2022-fasc.336/2021). Tali condizioni possono individuarsi come segue:

- la proroga deve rivestire carattere eccezionale, utilizzabile solo quando non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali, nei soli e limitati casi in cui vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente;
- la proroga è ammessa solo quando ha carattere temporaneo, rappresentando uno strumento finalizzato esclusivamente ad assicurare il passaggio da un vincolo contrattuale ad un altro (c.d. contratto "ponte"); inoltre, la nuova gara deve essere già stata avviata al momento della proroga;
- l'amministrazione non deve rendersi responsabile di ritardi nell'indizione della procedura di selezione del nuovo affidatario. Infatti la proroga tecnica trova giustificazione solo nei casi in cui, per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'amministrazione, vi sia l'effettiva esigenza di assicurare il servizio nelle more del reperimento di un altro contraente;
- l'opzione di proroga tecnica deve essere prevista nel bando di gara e nel contratto.

Anche la giurisprudenza amministrativa si è pronunciata «in modo costante ed univoco a sfavore della prorogabilità dei contratti quale strumento alternativo alle normali procedure

concorsuali di affidamento (*ex multis*, Consiglio di Stato, VI, 16/02/2010, n. 850; T.A.R. Lazio Latina Sez. I, 04-04-2011, n. 310; T.A.R. Veneto Venezia Sez. I, 25-11-2008, n. 3637). La proroga contrattuale, infatti, sottrae evidentemente al confronto concorrenziale tutta quella parte di contratto che viene proseguita attraverso il mero slittamento in avanti del termine di scadenza del rapporto obbligatorio convenuto» (parere AG 33/13).

La stessa giurisprudenza, in coerenza con l'avviso dell'Autorità, ha ulteriormente evidenziato come per effetto dell'applicazione dei principi comunitari che considerano la proroga o il rinnovo di un contratto, quale contratto "nuovo", soggiacente a regole competitive, la proroga può essere concessa esclusivamente al fine di evitare l'interruzione delle attività in atto, per il solo tempo necessario a consentire l'espletamento della procedura di evidenza pubblica (Cons. Stato n. 2151/2011 e, sul carattere eccezionale della proroga, Cons. Stato n. 6955/2021).

Va ricordato inoltre che, come espressamente previsto dall'art. 106, comma 11, del Codice, in caso di proroga di un contratto pubblico «il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante».

Alla luce di quanto sopra, pertanto, non appare conforme alle norme e ai principi richiamati, anche di derivazione comunitaria, l'eventuale proroga di un contratto d'appalto per due anni, in assenza di una clausola di rinnovo nella *lex specialis*, ancorché per ragioni legate all'emergenza sanitaria da Covid-19, trattandosi di un affidamento non temporaneo, ma al contrario di lungo periodo e non necessario al fine di consentire la prosecuzione di un servizio in attesa della conclusione di una gara d'appalto, dunque in assenza dei presupposti richiesti dall'art. 106, comma 11, del Codice, per il ricorso all'istituto della proroga tecnica, nel senso indicato.

Sembra utile aggiungere a quanto sopra che come osservato dall'Autorità, il ricorso allo strumento «della proroga e del rinnovo avviene per svariati motivi, tra cui *in primis* carenza di programmazione» (Atto del Pres. 27.8.2022).

Pertanto, anche al fine di evitare il ricorso ai predetti istituti, che rivestono carattere assolutamente eccezionale, in quanto derogatori dell'evidenza pubblica, «nella gestione degli affidamenti, le stazioni appaltanti sono chiamate ad ispirarsi ai principi di buona amministrazione ed efficienza; ciò comporta che, nella fase di predisposizione della gara, l'amministrazione deve avere contezza del tipo di servizio di cui ha bisogno così da programmare in modo puntuale, anche con una visione rivolta al lungo periodo, la relativa gestione» (delibera n. 378/2022).

Le Stazioni Appaltanti sono quindi tenute, non solo ad una corretta programmazione degli acquisti di beni e servizi ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. 50/2016, ma anche ad attivare con congruo anticipo le procedure per il nuovo affidamento del contratto, programmando con efficienza modalità e tempistiche di espletamento della gara (in tal senso Atto Pres. 20.7.2022).

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente l'11 ottobre 2022